

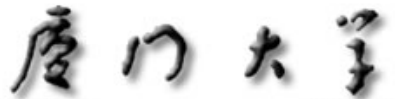
公司归入权废除论

学校编码：10384

学号：13620091150187

分类号_____密级 _____

UDC _____



硕 士 学 位 论 文

公司归入权废除论

On Abolishing the Disgorgement of Corporation

潘争艳

指导教师姓名：朱炎生教授

专 业 名 称：民 商 法

论文提交日期：2012 年 4 月

论文答辩时间：2012 年 月

学位授予日期：2012 年 月

答辩委员会主席：

评 阅 人：

2012 年 月

潘争艳

指导教师
朱炎生教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ）1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ）2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

归入权包括证券法中短线交易下的归入权和公司法中董事、高级管理人员违背忠实义务的归入权。学界对短线交易下归入权讨论较多，而针对违背忠实义务的归入权则研究不够深入，亦很少有学者去思考归入权存在的法理、归入权与《公司法》第 150 条规定的损害赔偿请求权之间的关系以及归入权存在之必要性。鉴于此，本文拟采用历史分析、比较分析、实证分析等方法通过对归入权法理基础的探寻及实践中归入权适用状况的分析，来探讨其存在之必要性。

文章除引言和结论外，分为四章：

第一章介绍了归入权的起源、发展及制度价值。归入权均起源于美国，随后被大陆法系国家引进。我国在《证券法》和《公司法》的立法中也吸纳了该制度。归入权的制度价值在于促进董事、高级管理人员履行对公司的信义义务以及维护证券市场上的公平、公开、公正。

第二章分析了归入权在立法及司法实践中存在的困境。立法上，对于公司归入权的适用对象、行使权利的程序以及归入权与损害赔偿请求权之间的关系多有争议。司法上，关于归入权的案件非常少，归入权的价值并未在实践中体现出来。

第三章探求归入权的法理基础及性质。归入权产生基于信托理论下董事、高级管理人员对公司的信义义务。在董事、高级管理人员违反信义义务而获利的情
况下，衡平法施加一个推定信托，使得获得的利益归公司。归入权在美国是不当得利返还请求权。归入权在我国法律框架下无法解释。

第四章分析损害赔偿请求权对归入权的可替代性。归入权适用的不同情形下，均给公司造成了损害。通过采用以行为人所获利益推定为公司所受损失的方法，可以用损害赔偿请求权代替归入权。

关键词：归入权；忠实义务；损害赔偿请求权

ABSTRACT

The disgorgement of corporation is the right corporation has when directors or officers do short-swing trading or breach duty of loyalty. So far, Scholars has mostly researched into the disgorgement of short-swing trading profits within the bound of securities law. But they pay little attention to the disgorgement of breaching duty of loyalty. What's more, there are few scholars who consider the theoretical basis of the disgorgement of corporation, the relationship between disgorgement and the right of claim for recovery of damages and the necessity of disgorgement. Therefore, based on the historical analysis, comparative analysis and positive analysis, this article aims at discussing the necessity of disgorgement by researching the theoretical basis of the disgorgement of corporation and its application in practice.

This article consists of 4 chapters besides the introduction and the conclusion:

Chapter 1 introduces the origins, developments and value of the disgorgement of corporation. The disgorgement of corporation originated in the United States, and was absorbed by the Civil Law Countries. Both *Company Law of the People's Republic of China* and *Securities Law of the People's Republic of China* include articles about disgorgement of corporation. Its value is driving directors and officers to carry out duty of loyalty and safeguarding the publicity, fairness and justice of the securities market.

Chapter 2 analyses the dilemma of the disgorgement of corporation in legislation and juridical practice. In legislation practice, there are some arguments on the implement range, procedures of appraisal rights and the relationship between disgorgement and the right of claim for recovery of damages. In juridical practice, there are few cases that can apply disgorgement. So the value of the disgorgement has not yet appeared.

Chapter 3 explores the theoretical basis of the disgorgement of corporation and its properties. Disgorgement of corporation comes from the directors' and officers' violation of duty of loyalty under the trust relationship with corporation. In the theory

of trust, when trustee get some profits by violation of duty of loyalty, Equity use constructive trust to make the trustee give the profit back to avoid unjust enrichment. The disgorgement of corporation belongs to restitution of unjust enrichment. But in civil law system, disgorgement of corporation has no theory to support.

Chapter 4 discusses the possibility of replacing disgorgement with the right of claim for recovery of damages. The corporation suffers damages in all the situations disgorgement applies to, hence, the right of claim for recovery of damages can replace disgorgement by presuming that the benefits actors obtained is the loss suffered by the company.

Key Words: Disgorgement of Corporation; Duty of Loyalty; Right of Claims for Recovery of Damages

厦门大学博硕

目 录

引 言	1
第一章 公司归入权缘起	3
第一节 公司归入权的发展史	3
一、证券法上归入权的起源及发展.....	3
二、公司法上归入权的起源及发展.....	5
三、公司归入权在我国的立法.....	8
第二节 公司归入权制度的价值	10
一、对公司的价值.....	10
二、对证券市场的价值.....	11
第二章 公司归入权的实施困境	13
第一节 公司归入权立法的疑惑	13
一、公司归入权的适用范围.....	13
二、公司行使归入权的程序.....	16
三、公司归入权与损害赔偿请求权的关系.....	18
第二节 公司归入权司法实践的窘境	20
一、案件类型的分析.....	21
二、判决结果的分析.....	22
第三章 公司归入权法理的不确定性.....	27
第一节 公司归入权存在的法理基础	27
一、公司董事、高级管理人员与公司之间的关系.....	27
二、不同关系学说下董事义务探讨.....	28
三、我国公司法中董事、高级管理人员的义务分析.....	32
第二节 公司归入权性质的争论	33

一、公司归入权与返还请求权的关系.....	33
二、关于公司归入权性质的学说.....	35
三、公司归入权与不当得利返还请求权的关系.....	37
第四章 公司归入权的替代：损害赔偿请求权.....	40
第一节 损害赔偿请求权性质与成立要件	40
一、损害赔偿请求权的性质.....	40
二、归入权与损害赔偿请求权成立要件之比较.....	41
第二节 损害赔偿损失额的确定	42
一、损害的界定及损害赔偿的范围.....	42
二、损害赔偿法的新发展.....	43
三、以受益推定损失的立法例.....	44
第三节 损害赔偿请求权对归入权适用情形的具体分析	46
一、挪用或者侵占公司财产.....	46
二、自我交易.....	46
三、侵占公司机会从事与公司同类业务.....	47
四、披露公司秘密.....	47
五、短线交易.....	48
结 论	49
案 例 表.....	51
参 考 文 献.....	57

CONTENTS

Inoduction	1
Chapter1 the Origin of Disgorgrment of Corporation	3
Subchapter1 the Develop History of Disgorgement of Corporation	3
Section1 the Origin and Development of Disgorgement of Corporation in Securities Law.....	3
Section2 the Origin and Development of Disgorgement of Corporation in Company Law.....	5
Section3 the Disgorgement of Corporation in China	8
Subchapter2 the Value of Disgorgement of Corporation	10
Section1 the Value for Corporation.....	10
Section2 the Value for Security Maket	11
Chapter2 the Dilemma of Disgorgement of Corporation	13
Subchapter1 the Confusion in Legislation Practice.....	13
Section1 the Implement Range of Disgorgement	13
Section2 the Procedures of Appraisal Disgorgement.....	16
Section3 the Relationship between Disgorgement and the Right of Claim for Recovery of Damages	18
Subchapter2 the Dilemma in Juridical Practice	20
Section1 Analysis on the Type of Cases	21
Section2 Analysis on Verdicts	22
Chapter3 Confusion on the Theoretical Basis of the Disgorgement	27
Subchapter1 the Theoretical Basis of the Disgorgement.....	27
Section1 the Relationship between Directors, Officers and Corporation	27

Section2	the Directors' and Officers' Duties in Different Relationship	28
Section3	the Directors' and Officers' Duties in China.....	32
Subchapter2	Argument on the disgorgement property	33
Section1	the Relationship between Disgorgement and Restitution	33
Section2	the Theory of Disgorgement Property.....	35
Section3	the Relationship between Disgorgement and Right of Returning Unjust Enrichment	37
Chapter4	the Replacement of Disgorgement: the Right of Claims for Recovery of Damages	40
Subchapter1	the property and condition of the Right of Claims for Recovery of Damages	40
Section1	the property of the Right of Claims for Recovery of Damages	40
Section2	Comparison on the Conditions of the Two Rights.....	41
Subchapter2	the Determination of Damages.....	42
Section1	the Boundary of the Damages	42
Section2	the Development of Damages Law	43
Section3	the Example of Determining Damages by Profit.....	44
Subchapter3	Analysis on each Condition of Disgorgement	46
Section1	Misappropriate or Embezzle the Company Property.....	46
Section2	Self-dealing	46
Section3	Occupation of the Company's Oppurtunity	47
Section4	Disclosure of Company Secrets	47
Section5	Short-term Trading	48
Conclusion.....	49
Table of Cases.....	51
Bibliography.....	57

引 言

公司归入权又称“夺取权”或“介入权”，指公司对其内部人违反法律或者公司章程的规定实施的某些行为而取得的溢出利益，享有主张收归公司所有的权利。从广义上说，公司的归入权包括了证券法上的归入权和公司法上的归入权。前者适用于内幕人员从事短线交易取得的收益，后者适用于公司董事、高级管理人员违反对公司的忠实义务取得的收益。目前我国学者在对归入权的研究中归入权仅指短线交易归入权，而未将公司法上的归入权包括在内，因而出现两张皮现象。虽然两者产生背景以及立法目的存在差异，但在理论基础上有着深层次的共性，故本文将两者一起来探究。本文所指的归入权包括了这两者。

公司归入权起源于美国 1934 年《证券交易法》，该法是针对内幕人员的短线交易行为，目的在于通过民事责任，防止公司内部人员利用信息优势与特殊关系获得信息并滥用信息，从中获得不当利益而影响证券市场的稳定。随后，各国在立法上纷纷效仿。公司的这项权利也就被大陆法系学者冠名为“归入权”或者“介入权”。至于公司法上董事违反忠实义务情况下的归入权产生则相对比较晚。1981 年在“*Lynch v. Vickers Energy Corp.*案”特拉法州最高院开创性地判决将被告因违反信托义务的行为所得收益上缴公司，从而产生了公司法上的归入权。随后《德国股份公司法》、“台湾公司法”、《日本商法典》中陆续引进董事在违反竞业禁止义务时公司的归入权。然而，日本在其 2005 年新修订的公司法中却又将归入权去掉，仅保留损害赔偿请求权。

我国关于公司归入权的规定最早始于 1993 年《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）及 1998 年的《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）在随后《公司法》和《证券法》的修改中，归入权的相关规定一直保留下来，但也进行了一些修改和完善，最后形成了 2005 年《公司法》第 149 条和 2005 年《证券法》第 47 条的规定。

然而对归入权的法理基础、性质、适用范围却一直存在着疑问和争议。从目前来看，现有的研究对短线交易下归入权讨论较多，而针对违反忠实义务下公司

归入权则研究不够深入。同时论文多将证券法下的归入权和公司法归入权割裂开来，未去发掘两者理论基础的统一性。另外，现有研究内容主要是考查归入权性质以及适用范围，对其提出立法完善。对上述问题仍然悬而未决。

然在日本、德国、我国台湾地区以及我国公司法的立法中均规定了与归入权相对应的损害赔偿请求权。从法律法规来看，在董事、高级管理人员违反对公司的忠实义务时，公司的救济权利包括了归入权和损害赔偿请求权。而日本公司法在新修改的时候却将公司归入权的规定删除，仅赋予公司损害赔偿请求权。关于公司法中损害赔偿请求权和归入权的关系，从目前来看，德国股份公司法采用的是择一模式；瑞士采用重叠模式；我国台湾地区选择的是单一模式^①。我国采用何种模式，公司法未作明确规定。

从我国现行司法实践来看，因董事、高级管理人员违反忠实义务而提起的诉讼中，起诉原因多集中在董事、高级管理人员违反竞业禁止义务、侵犯公司商业秘密。在这两种情况下，往往形成了归入权与损害赔偿请求权的竞合，又因我国公司法中未对公司归入权行使方式和期限做明确规定，当事人及法院多以损害赔偿请求权作为诉讼的理由和判决的依据。公司法中关于归入权的规定成了一个花瓶式的摆设。

一项制度如无用武之地，一方面可以反思该制度存在之缺陷以求得完善方法，另一方面，也应该思考其存在之必要性。本文拟通过理论研究和实践分析，斟酌国内外已有的学术成果，通过历史分析、比较分析、实证分析的方法对归入权废除之可行性进行探讨。

^① 所谓单一模式就是指法律规定由一种权利替代另一种权利。实际上，单一模式是已经排除了另一种权利的行使。另外，台湾是否采用单一模式也不无疑问，此点笔者将在后面作详细论述。

第一章 公司归入权缘起

第一节 公司归入权的发展史

一项制度的产生往往有其特定的背景,通过对其历史背景的考察有助于了解该项制度的立法目的及价值取向。

一、证券法上归入权的起源及发展

(一) 证券法上归入权的起源

证券法上的归入权又称短线交易归入权。股市上,人们把这种短期内的买卖称为短线交易,俗称“短甩”(short-swing trading)。^①对短线交易的规制,要从内幕交易说起。内幕交易不可避免地伴随着证券交易的产生而存在,然而对内幕交易的规制却不是一开始就存在。早期法律对于内幕交易的行为未进行规制或者是加以禁止,公司内部人买卖本公司股票的收益往往视为正常收入的一部分。然1929~1933年,股市大萧条的发生给美国乃至世界带来了一场大灾难,为了探求危机发生的原因及吸取教训,美国国会展开了一系列的调查。1934年,美国参议院银行和货币委员会在调查报告中指出,当时美国证券市场最大的弊端之一,就是董事、经理人及大股东利用其特殊地位,获取内部消息买卖股票以图利。这种行为严重损害了大多数投资者对新兴证券市场投资信心,损害上市公司的形象。^②为了阻止董事经理人利用公司内幕信息从买卖股票中获取利益,保证证券交易的公平、公正、公开,美国国会于1934年12月正式通过了《证券交易法》。

美国1934年的《证券交易法》第16节(b)款对内幕人员的短线交易规定如下:为防止主要受益股东、董事或高级职员因其与发行人之间的密切关系,而获得消息且加以不正当利用,如该主要受益股东、董事或高级职员于不满六个月之期间内,对该发行人之股票(豁免证券除外)买进后再行卖出,或卖出后再行买进,除该股票之取得确为履行以前之契约债务者外,不论该主要股东、董事或

^① 胡果威. 美国公司法[M]. 北京:法律出版社, 1999. 206.

^② 张学文. 内幕人短线交易的法律规制[A]. 梁慧星. 民商法论丛(18)[C]. 中国香港:金桥文化出版(香港)有限公司, 2001. 154. 转引自赖英照. 证券交易法逐条释义(第三册)[M]. 台北:弘亮企业有限公司, 1986. 442.

高级职员在买卖时是否有持有六个月以上,或不欲在六个月内买入出售之股票之意图,其因此获得之利益应归于该发行人并由该发行人向其请求之。对于此项利益之请求,得由发行人依法律或依衡平法向管辖法院以诉讼请求之,或由该发行人之股东,于向发行人请求后六十日内,该发行人未能或拒绝提出诉讼,或发行人不愿积极追诉时,以该发行人之名义代位向法院请求。但该项利益获得后已达二年以上时,不得起诉请求之。本项规定,对于主要受益股东非于买进与卖出或卖出与买进股票时,均具有此项主要受益股东之身份者;或主要受益股东、董事或高级职员所为之股票交易,依证券交易委员会制定之规则予以排除者,不适用之。”

该法中将主要股东、董事高级职员短线交易所获得的利益归于发行人的规定被认为是归入权的起源。其赋予公司对短线交易所获利益归入的权利后来被大陆法系的学者冠名为“归入权”或者是“介入权”。至于为何美国通过对内部人员短线交易的规制来规制内幕交易,其起草人就短线交易归入权制度向参议员们作了必要性说明,称这是适用一种粗略而实际的方法(*crude rule of thumb*),不问内部人实际上是否利用未公开的信息买卖股票,只要证明内幕人员在不满6个月的期间内买卖本公司股票获利,就可以适用,以避免举证的困难。^①由此可见通过归入权来规制短线交易实际上包含了一个推定:公司主要股东、董事及高级职员进行短线交易很可能是利用了内幕信息。归根结底,短线交易归入权的目的是将公司主要股东、董事及高级职员利用公司内幕信息进行股票交易而获取的利润归入公司。

(二) 证券法上归入权的发展

美国关于短线交易归入权的规定随着二战被嫁接到了大陆法系国家日本。随后这一制度又传到了韩国、我国台湾地区及大陆。

1948年日本在战后制定了第一部《证券交易法》,仿效美国规定了上市公司董事、监事、高级管理人员及大股东买卖公司股票时应负报告义务,不得利用手中掌握的公司内部信息在公司股票上市6个月内买卖股票,否则追究法律责任。^②后来,该项制度又几经修正,形成了现行1996年日本《证券交易法》的规定。

^① HAZEN, THOMAS LEE. *The Law of Securities Regulation*[M]. Eagan: West Publishing Co., 1996. 716.

^② [日]河本一郎,大武泰南. 证券交易法概论[M]. 侯水平译,北京:法律出版社, 2001. 283-285.

该法 164 条规定：“为防止上市公司等的负责人或主要股东不当利用因其职务或地位取得秘密，在其就该上市公司等特定的有价证券在自己的结算范围内进行收购后六个月以内又卖出，或卖出以后六个月内又买进而取得利益的场合，该上市公司可以请求该利益提供给上市公司。”^①

我国台湾地区的“证券交易法”第 157 条关于短线交易归入权的规定也借鉴了美国立法，该条规定：“发行股票公司董事、监察人、经理人或持有公司股份超过 5% 之股东，对公司之上市股票，于取得 6 个月内再行卖出，或于卖出后 6 个月内再行买进，因而获得利益者，公司应请求将其利益归于公司。发行股票公司董事会或监察人不为公司行使前项请求权时，股东得以 30 日之期限，请求董事或监察人行使之；逾期不行使时，请求之股东得为公司行使前项请求权。董事或监察人不行使第 1 项之请求以致公司受损害时，对公司负连带赔偿之责。第 1 项之请求权，自获得利益之日起 2 年间不行使消灭。”^②

上述美国、日本和我国台湾地区关于短线交易归入权的规定都大同小异，其中美国和日本的立法明确指出了该制度的目的是为了预防上市公司主要股东、董事和高级管理人员利用因其在公司的独特地位所获得的内幕信息。实际上，短线交易归入权是一种内幕交易的预防制度。主要目的是通过内幕人承担短线交易非法获利行为的民事责任，防止和避免任何证券所有者不公平地利用其与发行人的特殊关系获得内幕信息并从中获利，从而影响证券市场的公平、公正、公开，破坏投资者对市场的信心。

二、公司法上归入权的起源及发展

（一）公司法上归入权的起源

公司法上归入权是指董事、监事、高级管理人员因违反公司法规定的忠实义务而获得利益时，公司有权将这部分利益归入公司。公司法上归入权产生于短线交易归入权之后，但是无法具体考证其作为法律上一项正式的制度具体形成于哪个年代，更无法将其追溯至具体的法律文本。^③但根据美国法律研究院的研究，对于公司有权获得被告或者其关联方不当收益的规定，美国特拉华州最高法院

^① 徐庆译. 日本证券法律[M]. 北京: 法律出版社, 1999. 151.

^② 吴光明. 证券交易法论[M]. 台北: 三民书局股份有限公司, 2011. 320.

^③ 谭贵华. 论公司归入权之缘起及其理论基础[J]. 北京工业大学学报(社会科学版), 2010, (5): 66.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕